هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية
المؤتمر الخامس للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية
في الفترة من 17-18 شوال 1426هـ
الموفق 19-20 نوفمبر 2005م
مملكة البحرين

بحث عن

تقييد الرجوع للقوانين في العقود واللجوء للتحكيم الى الهيئات الشرعية

إعداد
الدكتور جاسم سالم الشامسي
عميد كلية الشريعة والقانون
جامعة الامارات العربية المتحدة

بسم الله الرحمن الرحيم

تقييد الرجوع للقوانين في العقود والللجوء للتحكيم إلى الهيئات الشرعية

الحمد لله الذي أنزل على عبده الكتاب ولم يجعل له عوجا، ومن علينا بالحنفية السمحة، ولم يجعل علينا فيها مشقة ولا حرجا ... واصلي وسلم على من أرسله الله رحمة مُهداه للعالمين .. وبعد ،،،

جاءت النصوص القرآنية مُنذ أول الأمر بوجوب الوفاء بالعقود وذلك في قوله تعالى: { **يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود** } كما أوضحت النصوص المسؤولية المترتبة على التعاهدات في قوله تعالى { **وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا** } من جهة أخرى فقد أرست هذه النصوص مبدأ رضائية العقود ، وذلك بقوله تعالى : { **يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم** } .

ويُقيد هذا المبدأ الأمور الآتية :-

١ - إن الفرد حر في الدخول في أي عقد يشاء في حدود النظام العام والأصول الشرعية.

٢ - حق الفرد في التعاقد مع من يشاء أو في عدم التعاقد .

٣ - حق الفرد في تحديد آثار العقد الذي يرضى به، والشروط التي يختارها .

٤ - حق الفرد في ابتكار أنواع العقود والمعاملات التي تُخالف أصلاً شرعياً ، بناءً على أن الأصل في المعاملات الإباحة .

٥ - وجوب الرجوع إلى إرادة المتعاقدين في تفسير عباراتهم وتحديد آثار اتفاقهم ، وليس من حق القاضي على وجه العموم أن يجبر أحداً منهم على التزام ما لم يلتزم به .

٦ - وجوب وفاء المتعاقدين بما رضي به والتزمه للطرف الآخر، لأنه قد ألزم نفسه بهذا الذي تحمله .

فالرضا في الشريعة الإسلامية كافٍ لإنشاء العقد ، كما أنه هو أساس الالتزام ومُستند الإجبار على تنفيذه ، وهو الدليل على إفساح المجال أمام حرية الإرادة ما دامت لا تتناقض هذه الإرادة فيما اتجهت إليه مع أصل من أصول الشريعة أو قاعدة من قواعدها أو مصلحة من المصالح المقيدة فيها*.

وقد نص الفقهاء على مبدأ الرضائية في العقود من ذلك ما ذكره الزنجاني بقوله" الأصل الذي تُبنى عليه العقود المالية من المعاملات الجارية بين العباد إتباع التراضي الموكول عليه بقوله تعالى: **{ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم}** نجد أن حقيقة الرضا لما كانت أمراً خطياً وضميراً قلبياً اقتضت الحكمة رد الخلق إلى مرد كلي وضابط جلي يستبدل به عليه ، وهو الإيجاب والقبول الدالان على رضا العاقدين .**

---

* (نقلاً عن د. محمد أحم سراج – نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من جهة الفقه الإسلامي – ص ٨٧ و٨٨)

** (تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ١٤٣).

وأما الشروط المقترنة بالعقد فإن الجمهور قضوا بتصحيح الشروط المتضمنة لمنفعة أحد الطرفين الصحيحة في عُرف التعامل أو في الشرع ، شريطة ألا تُخالف أصلاً من الأصول الشرعية.

وقد ذكرنا النصوص القرآنية بداية ، ونضيف ما نصت عليه القاعدة الفقهية إن (العبادات إذن والمعاملات طلق) أي على الإباحة ومفادها أن العتادة لا يكون إلا بإذن الشارع، بجلاء المعاملات التي لا يشترط بصحتها سوى عدم ورود النص بحظرها وتحريمها .

ومن ذلك ننطلق للإباحة الجزئية الأول عن موضوع البحث .

أولاً - تقييد الرجوع للقوانين في العقود :

إذ نص في العقد على أنه تُطبق أحكام القانون بما لا يُخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

نفترض أنه عند تطبيق القانون على العقد اعترض أحد طرفي العقد على أن القاعدة القانونية بأنها تُخالف أحكام الشريعة الإسلامية إذا أحيل الخلاف إلى القضاء .

وهنا سيتطلب القضاء إثبات القاعدة الشرعية التي يُخالفها النص القانوني فعلى المدعي إثبات ما يدعيه من القاعدة والقوانين على المدعي أن يثبت حقه وللمدعي عليه نفيه.

وهنا سينظر إلى القاعدة الشرعية خاصة أنها لم ينص عليها صراحة في العقد، وإنما أثبتت خلافاً للقاعدة القانونية التي يفترض أنها نافذة ضمن أحكام

العقد لولا الادعاء بأنها مُخالفة لحكم الشريعة الإسلامية . وهنا يجب إثبات القواعد الشرعية التي لا يجوز مُخالفتها **وهي كالآتي** :

١ – الأحكام الصريحة القطعية الواردة في القرآن والسنة كحرمة الخمر والربا والميسر وأنصبة الورثة من تركة الميت .

٢ – القواعد العامة الواردة في القرآن كل شيء مُسكر، وحرمة كل بيع لا يتم فيه تبادل المنفعة بين الجانبين على تراضي منهما وحرمة كل تعامل دخله القمار والرهان المجرم .

٣ – الحدود المقررة في القرآن والسنة لتحد بها حريتنا في الأعمال بحيث لا يجوز تجاوزها كحد ثلث المال للوصية .. فهذه الأنواع غير قابلة للتغيير* .

والسؤال المتبادر إذا أثبت قطعية المخالفة فهل تُطبق تلقائياً القاعدة الشرعية المناسبة أم إن القاضي سيبحث عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق بعد ذلك كأن يكون قانون العقد أو قانون بلد التسليم ، خاصة إذا كان الخلاف بين مُؤسسات أحداها طرف يُعد عنصراً أجنبياً.

حيث يكون دور القاعدة الشرعية – باعتبارها قاعدة إسناد– هي فقط لإثبات المخالفة لحكم الشرع لا لتطبيقها .

أيضاً عند ادعاء أحد طرفي العقد بأن القاعدة القانونية تُخالف أحكام الشرع وحدد القاعدة الشرعية التي تقضي بذلك . إلا أن الطرف الآخر وله حق الرد أثبت أن القاعدة الشرعية ليست محل اتفاق من الفقهاء فهل هذا الأمر

* (أبو الأعلى المودودي ، القانون الإسلامي وطُـرق تنفيذه ص ٣٤).

يجعل القاعدة القانونية التي نص عليها العقد نافذة ويستبعد تطبيق أحكام الشرع ؟

عموماً إذا كانت القاعدة التي يدعي بأنها مُخالفة لحكم شرعي في هذه الحالة في بلد تطبق أحكام الشريعة الإسلامية أو أن دستورها نص على أن أحكام الشريعة مصدراً رئيساً للقانون فهنا يُمكن التعامل وفقاً لذلك . ولكن المعاملات التي تجد فيها المؤسسات المصرفية الإسلامية كثيراً ما تكون مع دولة غير إسلامية وبالتالي القواعد المدعي أن مُخالفته لحكم الشرع والنابعة من قانون تلك الدولة، إما أن تكون قاعدة آمرة أو غير آمرة ، وإذا كانت آمرة فمن الصعب الطعن عليها إذ الطرف الآخر سيدفع دائماً بأنها آمرة . إما غير الآمرة فيجوز هنا التغلب عليها بالقاعدة الشرعية المتفق عليها . ولذلك قد يكون محل النزاع أمام التحكيم سواء الحر والمؤسسي ويجب أن يكون للهيئات الشرعية دور في ذلك وهو ما سنذكره لاحقاً .

ثانياً - اللجوء للتحكيم إلى الهيئات الشرعية :

حقيقة عند إحالة النزاع إلى القضاء العادي فأنت لا تختار القاضي الذي ينظر النزاع.. وقد لا يكون هذا القاضي على دراية واسعة بقواعد الشريعة الإسلامية ، خاصة إذا كان تحصيله العلمي في كليات الحقوق التي يكون اهتمامها بالفقه الإسلامي بسيط ، وأنت هنا لا تستطيع أن تستخدم نظام الرد (رد القاضي) أو عدم الصلاحية والتي هي مُحددة صراحة في القوانين (قوانين الإجراءات المدنية) . وليس أمامك إذا كان القاضي قد خالف في حُكمه وفقاً لفهمه قواعد الشريعة الإسلامية إلا أن تطعن عليه بالاستئناف وبيان حُكم الشريعة الإسلامية الصحيح في المسألة , مثالاً على ذلك في القضية

التي تتلخص وقائعها في أن أحد الأشخاص يمتلك عقار بمدينة أبوظبي وهو عبارة عن أرض وقد تقدم إلى بنك دبي الإسلامي بطلب قرض مضمون يقصد رهن لذلك العقار. إلا أن بنك دبي الإسلامي طلب أن يكون شريكاً له في العقار مُقابل المال الذي سيقدم له حيث أن البنك الإسلامي لا يتعامل بالاقتراض بفائدة .

ولذا فقد أبرما عقد مُشاركة مُتناقصة مُؤرخ في ١٩٩٥/٥/١م وأن المادتين العاشرة والحادية عشرة من العقد تخولان الشريك (أي المتعاقد مع البنك) شراء كامل ذلك العقار وامتلاكه خلال فترة زمنية حددها عن طريق المشاركة المتناقضة المنتهية بالتمليك.

واختلف الطرفان ، فتقدم صاحب العقار إلى المحكمة المدنية بأبوظبي مقيماً الدعوى المدنية الكلية طالباً الحكم له ضد بنك دبي الإسلامي بإبطال عقد المشاركة المتناقصة واعتباره كأن لم يكن واحتياطياً باعتباره عقد قرض بشروط مُتكافئة ، وحتى لا يحصل البنك على كامل قيمة القرض المضمون بعقد الرهن المسجل على العقار بتاريخ ١٩٩٥/٤/٢٨م ، مُستنداً في طلباته هذه إلى أن بيع العقار يُخالف نص المادة العاشرة من القانون المحلي (لإمارة أبوظبي).

ولقد أجاب بنك دبي الإسلامي (المدعي عليه) بأن نظام الشراكة المتناقصة هو أحد طُرق التمويل في النظام الإسلامية وتنتهي تلك المشاركة بتملك العميل لكامل العقار بعد شراء حصة البنك .... الخ .

وبتاريخ ١٩٩٨/١٢/٧م حكمت المحكمة الابتدائية بأن العقد المؤرخ في ١٩٩٥/٥/١م المحرر بين طرفي الخصومة هو عقد قرض مبلغ ٤,٨٠٠,٠٠٠ درهم بفائدة قدرها ١٢% من تاريخ بدء العقد مع استمرار البنك في تحصيل ريع (الفلل) خصماً من مُستحقاته لدى المدعي مع التزام المدعي بسداد مبلغ القرض في غُضون أربع سنوات!!

و لم يلق هذا الحكم قبولاً من الطرفين فطعنا عليه بالاستئناف . والذي يهمنا استئناف بنك دبي الإسلامي الذي تم بتاريخ ١٩٩٩/١/٥م وطلب في استئنافه إلغاء الفقرة الحكمية الخاصة بوصف عقد المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك المؤرخ في ١٩٩٥/٥/١م باعتباره عقد قرض والقضاء مُحدداً بأن العقد هو عقد مُشاركة مُتناقصة مُنتهية بالتمليك.

وباستقراء محكمة الاستئناف لكامل النزاع ولعناصر العقد محل هذا النزاع تبين لها أنه من العقود غير المسماة (حيث تضمن خليطاً من العقود المسماة) كالبيع والإيجار والشركة والرهن ، وكذلك الوعد بالبيع ، وأنه عقد في حقيقته ليس قيمة أي مُخالفة لقواعد الشريعة الإسلامية لأنه نتيجة دراسة فقهية وفتاوى شرعية تم الإفتاء بها بمناسبة إنشاء المصارف الإسلامية لضرورة هذا النوع من المصارف لعقود مغايرة للعقود المتعارف عليها في مُعاملات المصارف العادية والمعتمدة أساساً على التعامل بالفوائد الربوية (أنظر مجلة الحقوق - جامعة الكويت - العدد الثاني - السنة الخامسة والعشرون - ربيع الأول ١٤٢٢هـ يونيو٢٠٠١م) ، المشاركة المتناقصة المنتهية بتملك العقار تعليق على الحكم الصادر في الاستئنافين رقم ٤ و ٥ لسنة ١٩٩٩م الصادرين

من محكمة أبوظبي الاستئنافية بتاريخ ١٨/٥/١٩٩٩م للأستاذ الدكتور جاسم علي سالم الشامسي).

أفضلية التحكيم :

لمثل ما ذكرنا فإن دور التحكيم يكون أكثر مُناسبة لقضايا المنازعات والمخاصمات الناتجة عن العقود المالية الإسلامية .

لكن نظام التحكيم ليس هو صورة واحدة ، إذ التحكيم قد يكون مُؤسسي أو التحكيم الحر الغير مُرتبط بمؤسسة وقد يتم بواسطة مُحكم فرد أو بعدد أكثر ثلاثة أو خمسة ودائماً يتم بعدد فرد.

ويُقصد بالحكم وفقاً لمجلة الأحكام العدلية (المادة ١٧٩٠) بأنه الحاكم الذي يتخذه خصمان بضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما. أي اختياره يتم بناء على إرادة المتخاصمين ودائماً لا يكون المحكم شخصاً معنوياً وإنما شخصاً طبيعياً للاعتبارات أهمها أنه يختار لشخصه ولصفة فيه كالأمانة والصدق والعدالة والأخلاق والقدرات والخبرة التي تتوافر لديه، أي كما يقول القانونيين أن للنظرة الشخصية اعتباراً جوهرياً في اختيار المُحكم .

وطُرق اختيار المحكم كما ذكرنا سابقاً فإما أن تتم عن طريق التحكيم الحر أي الذي لا يخضع للنظام المؤسسي بحيث إذا وقع نزاع بين أطراف العقد فيطبق الشرط الذي في العقد وهو الاتفاق على محل التراع عن طريق التوفيق أو التحكيم وبالتالي إذا قام أحد الأطراف بعرض التراع على المحكمة المختصة بنظر التراع أصلاً ، ودفع الطرف الآخر بعدم الاختصاص للمحكمة فإن المحكمة تحكم بعدم الاختصاص والإحالة (وفي بعض القوانين تحكم بعدم القبول). أما

إذا وقع النزاع و لم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين ، أو امتنع واحد أو أكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل أو اعتزله أو عزل عنه أو حكم برده أو قام مانع من مُباشرته له و لم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم . عينت المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع من يلزم من المحكمين، وذلك بناء على طلب أحد الخصوم ....

أما الطريق المؤسسي فهو أن ينص في العقد أو في اتفاق آخر بين الأطراف على أن يعرض النزاع على أحد مراكز التحكيم ، وهنا يفترض أن المحكم الذي سيختاره الأطراف أن يكون مُسجلاً أصلاً في هذا المركز وإلا لن يكون له الحق في التحكيم عن طريق المركز.

والإجراءات المتبعة تقريباً كما ذكرنا سابقاً بالنسبة للتحكيم الحر إلا أن هناك يختار المحكمون ليس من قائمة مُعينة بل يجب أن يتفق الأطراف على المحكم أو المحكمين ويختار المحكمين مُحكماً مرجحاً أو تعينه المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع .

أما بالنسبة لمركز التحكيم (التحكيم المؤسسي) فهنا يختار المحكم من قائمة المركز المقيدين لديه وإذا امتنع أحد الأطراف عن الاختيار كان للمركز الحق في التعيين خاصة بالنسبة للمرجح ، وبالتالي إذا كان النزاع بين شركة إسلامية ستضطر إلى اختيار مُحكم وفقاً للقائمة التي لدى المركز من المحكمين .

وإذا كانت المراكز في مُعظم دول الخليج العربي لا تمنع أن يكون المُحكم غير مُسلماً ، فإن نظام التحكيم السعودي ، نصت المادة الثالثة من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم أن يكون المحكم من الوطنيين أو الأجانب شريطة أن يكون المُحكم مُسلماً من أصحاب المهن الحرة أو غيرهم ،

واشترطت المادة في حالة تعدد المحكمين يجب أن يكون رئيسهم علـى درايـة بالقواعد الشرعية والأنظمة التجارية والعرف والتقاليد السارية في المملكة.

وبالتالي حتى نصل إلى تطبيق صحيح للجـوء للتحكـيم إلى الهيئـات الشرعية ، يجب أن يكون هناك مركز إسلامي للتحكيم مثلاً ، وأن يُسجل فيه أعضاء الهيئات الشرعية وأن ينص في العقد أو الاتفاق اللاحق بين الشركات أو المؤسسات على أن يكون التحكيم لدى المركز الإسلامي للتحكيم ، أما في غير هذه الحالات قد لا نصل إلى الشخص المناسب للتحكيم أو إننا لن نستطيع أن نُرشح شخصاً غير مُقيد لدى مركز التحكيم . وبالتالي سنفوت على أنفسـنا فرصة الاستفادة من فقهاء الشريعة . أيضاً يجب أن يكون السادة الفقهاء على دراية بأنظمة التحكيم ، وذلك إذا لم يكونوا على دراية بالإجراءات المطلوب إتباعها في الحكم وأصدروه مُخالفاً للقواعد سيؤدي إلى الطعن على الصـيغة التنفيذية أمام القضاء عند التصديق عليه مما سيؤدي إلى نقضه ، وهذا سـيعطل الحلول التي نرمي إليها من اللجوء إلى الهيئات الشرعية في التحكـيم، ويحكـم وفقاً للقواعد التي قد لا تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية التي ننشدها.

والله ولي التوفيق ،،،

أ.د. جاسم علي سالم الشامسي
عميد كلية الشريعة والقانون